

Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., & Hardy, R. R. R. (2003). Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 6532, 385-389.

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking

Prof. dr. Jan M. Smits en mr Robert R.R. Hardy¹

1. Inleiding

In februari 2003 verscheen het lang verwachte vervolg op de Mededeling over Europees contractenrecht uit 2001.² Zoals bekend³ heeft de Europese Commissie in die Mededeling getracht om een debat op gang te brengen over de toekomst van het contractenrecht in Europa. Op basis van dat debat (er waren maar liefst 181 reacties op de Mededeling) heeft de Europese Commissie thans een zogenaamd 'actieplan' gepubliceerd onder de veelzeggende titel 'Een coherenter Europees verbintenissenrecht'.⁴ Dat actieplan is belangrijk omdat het aangeeft wat de Europese Commissie de komende jaren op het terrein van het contractenrecht wil bewerkstelligen. Dat rechtvaardigt enige aandacht voor dit actieplan. In het navolgende besteden wij achtereenvolgens aandacht aan de problemen die volgens de Commissie op het terrein van het contractenrecht bestaan (2) en aan de door de Commissie voorgestane aanpak om die problemen te lijf te gaan (3-5). Die bespreking geschiedt op kritische wijze: hoewel de door de Commissie gekozen strategie grotendeels overeenkomt met de door ons eerder voorgestane benadering, zijn toch de nodige kanttekeningen bij het actieplan te plaatsen.

2. Waarom dit actieplan?

Het was voor de Commissie niet eenvoudig om de veelheid aan reacties op de Mededeling enigszins geordend samen te vatten. In de gepubliceerde pogingen daartoe⁵ blijkt van een grote verscheidenheid aan meningen. Wat daarbij opviel, was dat de belangrijke vraag of verscheidenheid van recht als een belemmering voor interstatelijke handel wordt gezien, door de meeste bedrijven ontkennend werd beantwoord. Problemen bleken vooral te bestaan ten aanzien van de Europese regelgeving zelf, die niet zelden onduidelijk en inconsistent is. In het actieplan komen beide punten terug.

Het zojuist als tweede genoemde (en belangrijkste) probleem, dat van de toepassing van het EG-recht zelf,⁶ is al lang bekend. Omdat de Europese richtlijnen elk een eigen terrein bestrijken en bij het maken van nieuwe richtlijnen vaak niet naar de oudere wordt gekeken, bestaan binnen het Europese *acquis* veel inconsistenties. Zo verschillen de vormgeving van het recht van herroeping van de overeenkomst, de periode waarbinnen herroeping mogelijk is en de bij de totstandkoming van de overeenkomst aan de consument te verschaffen informatie vaak van richtlijn tot richtlijn, zonder dat daar een goede reden voor is. Ook bevatten richtlijnen vaak abstracte termen als 'billijke vergoeding', 'schade' of 'genoegdoening': in de nationale rechtsstelsels is min of meer duidelijk wat daarmee wordt bedoeld, maar in de Europese context niet. Definities van die termen ontbreken vaak of blijven abstract. Niet duidelijk is ook of indien een term wél is gedefinieerd in de ene richtlijn en niet in de andere, de definitie dan ook voor de identieke term in die andere richtlijn mag worden gebruikt. Recent werd dit voor de term 'schade' in de richtlijn pakketreizen nog ontkend door het Europese Hof van Justitie: de definitie van schade uit de richtlijn produktenaansprakelijkheid (art. 9) was niet beslissend voor de vraag wat onder schade bij niet-nakoming van een pakketreis moet worden

¹ Resp. hoogleraar Europees Privaatrecht en junior-onderzoeker aan de Universiteit Maastricht.

² Mededeling over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398 def., Pb. EG 2001, C-255/01.

³ Zie J.M. Smits en R.R.R. Hardy, De toekomst van het Europees contractenrecht, WPNR 6513 (2002), p. 827 v. Zie voor andere reacties op de Mededeling vooral de vele bijdragen aan S. Grundmann & J. Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002 en bijv. ook B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen?*, RTDCiv 2002, p. 463 v.

⁴ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., Pb. EG 2003, C-63/01. Ook beschikbaar via http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/cnc/2003/com2003_0068nl01.pdf.

⁵ Zie voor die samenvatting Smits en Hardy, o.c. Een bijgewerkte versie van die samenvatting is als bijlage toegevoegd aan het Actieplan.

⁶ Actieplan, o.c., no. 16 v.

verstaan.⁷ Dat de Europese Commissie meer duidelijkheid wil creëren ten aanzien van deze termen en meer consistentie tussen de richtlijnen onderling wil aanbrengen, juichen wij zeer toe.

Ten aanzien van het andere ‘probleem’, de diversiteit van recht, kent het actieplan enkele interessante passages. In een exposé van zes bladzijden⁸ worden zestien problemen opgesomd die door belanghebbenden als voorbeelden van problematische rechtsdiversiteit zijn aangemerkt. Deze dragen een nogal anekdotisch karakter: er bestaan onder meer verschillen ten aanzien van vertegenwoordiging, vormvereisten, toepasselijkheid van algemene voorwaarden, eigendomsoverdracht en consumentenbescherming. Maar tot welke problemen die verschillen precies leiden – anders dan dat deze onzekerheid opleveren voor bedrijven en consumenten – wordt in het actieplan niet duidelijk. De overvloedige aandacht die de Europese Commissie aan deze problematiek besteedt, verbaast te meer nu uit de reacties op de Mededeling juist bleek dat het bedrijfsleven de rechtsdiversiteit niet werkelijk als problematisch beschouwt. Representatief vonden wij⁹ de reactie van *Orgalime*, dat de belangen van 100.000 bedrijven in de metaal vertegenwoordigt en dat stelde: ‘it will, of course always to some extent be easier to trade with companies and persons from your own country. This has, however, more to do with ease of communication, traditions and other factors, which are not dependent on contract law.’ Het actieplan blijft er echter van uitgaan dat diversiteit van recht een groot probleem is en dat het opheffen daarvan de grensoverschrijdende handel bevordert.

Dat dit actieplan er is gekomen, verbaast overigens niet. De eerste van de zojuist genoemde redenen is belangrijk genoeg om actie te ondernemen; ten aanzien van de tweede reden geldt dat binnen de Europese Commissie een sterke politieke tendens bestaat om tot een Europese hercodificatie van het contractenrecht te komen. Wij blijven die visie problematisch vinden: zolang niet empirisch is aangetoond dat de kosten van rechtsdiversiteit groter zijn dan de kosten van eenmaking van recht, is het werk aan een Europees BW slechts zinvol om academische redenen. De door de Commissie zelf voorgestelde oplossing voor de rechtsdiversiteit zal, zo menen wij, ook niet tot verbetering leiden (zie nader onder 5).

3. De kwaliteit van het EG-acquis verbeteren

Wat wil de Europese Commissie doen om de zojuist gesignaleerde problemen te verhelpen? Met de eerste van de drie voorgestelde maatregelen kan men het moeilijk oneens zijn: de Commissie wenst de bestaande onduidelijkheid en inconsistenties binnen het acquis aan te pakken. Op de vraag hoe dat moet geschieden, heeft het actieplan een tweeledig antwoord dat niet ontbloomt is van wollig taalgebruik: enerzijds dient een ‘gemeenschappelijk referentiekader’ te worden vervaardigd,¹⁰ anderzijds dient het wetgevingsproces op ‘een hoog niveau van kwaliteit en consistentie’ te worden gehouden.¹¹

Met de eerste maatregel, het maken van een gemeenschappelijk referentiekader, doelt het actieplan op het opstellen van ‘gemeenschappelijke beginselen en termen’.¹² Begrippen als ‘overeenkomst’ en ‘schade’ dienen te worden gedefinieerd en regels over onder meer niet-nakoming van overeenkomsten moeten worden neergelegd in een voor iedereen toegankelijk document. Wordt dat referentiekader vervolgens algemeen aanvaard als het model ‘dat het beste beantwoordt aan de behoeften van de deelnemers aan het economisch verkeer’,¹³ dan zal het in de visie van de Commissie ook door nationale wetgevers worden gebruikt bij de herziening van het contractenrecht; belangrijker is dat de Commissie het ook zelf zal gebruiken om het bestaande acquis te herzien en om nieuwe regels te maken. Behalve het contractenrecht dient het kader ook regels over zekerheidsrechten op roerende zaken en over het verrijktingsrecht te omvatten. Het zou binnen drie jaar gereed moeten zijn.¹⁴

Hoe moeten wij ons dit kader precies voorstellen? Wie tussen de regels doorleest, bemerkt in het actieplan een grote sympathie voor de beginselen-benadering, zoals gebezigd door de *Commission on*

⁷ C-168/00, Jur. 2002-I, p. 2631 (Simone Leitner/TUI Deutschland).

⁸ Actieplan, o.c., no. 25 v.

⁹ Smits & Hardy, o.c., p. 829.

¹⁰ Actieplan, o.c., no. 59.

¹¹ Actieplan, o.c., no. 69.

¹² Actieplan, o.c., no. 59.

¹³ Actieplan, o.c., no. 60.

¹⁴ Actieplan, o.c., no. 53.

*European Contract Law*¹⁵ en door de participanten in het *European Civil Code*-project.¹⁶ Het actieplan stelt namelijk voort te willen bouwen op de lopende projecten en ‘verscheidene brede benaderingen’ te willen volgen. Jammer is dat die projecten niet bij naam worden genoemd, want dat zou de discussie meer scherpheid hebben gegeven. Het bekende nadeel¹⁷ van de beginselen-benadering is immers dat beginselen nu juist gebruik maken van dezelfde abstracte termen waar in het actieplan tegen wordt gefulmineerd. Elke jurist in een nationaal stelsel weet welke betekenis aan een nationale abstracte term of een nationaal beginsel moet worden gegeven, simpelweg omdat er een nationale toepassingspraktijk achter die term of dat beginsel schuilgaat. Ontbreekt die praktijk, zoals bij de Principles of European Contract Law (PECL), dan achten wij de toegevoegde waarde van het formuleren van beginselen voor de rechtspraktijk niet groot.

De tweede wijze waarop het acquis moet worden verbeterd, het wetgevingsproces op een hoog niveau van kwaliteit en consistentie houden, past in een breder EG-beleid om de regelgeving te verbeteren en te vereenvoudigen.¹⁸ Specifiek voor het contractenrecht betekent dit het samenhangender maken van presentatie en terminologie en het vereenvoudigen en verduidelijken van de inhoud van de bestaande richtlijnen.¹⁹ Hieraan is inderdaad behoefte: met name het systematiseren van de bestaande consumentenbescherming op het terrein van het contractenrecht lijkt zeer nuttig en zou waarschijnlijk al een groot deel van de geuite klachten over de EG-wetgeving wegnemen.

4. Het opstellen van standaardbedingen voor de hele EU

De tweede maatregel die in het actieplan wordt voorgesteld, bestaat in het bevorderen van in de hele Europese Unie toepasselijke standaardbedingen. Uit de reacties op de Mededeling bleek dat bedrijven die grensoverschrijdend handel drijven, het liefst algemene voorwaarden hanteren die in elk Europees land kunnen worden gebruikt. Thans is dat onmogelijk omdat elk land zijn eigen regels kent ten aanzien van onder meer de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden (in Duitsland en Nederland snel, terwijl in Italië soms per voorwaarde individuele parafering nodig is) en de aanvaardbaarheid er van (in Duitsland en Nederland zijn zij, grofweg gesproken, eerder onaanvaardbaar dan in de zuidelijke Europese landen). Dit betekent dat een bedrijf voor elk land een aparte set algemene voorwaarden moet hanteren.

Wat in het actieplan node wordt gemist, is een nadere analyse van dit probleem: het lijkt ons namelijk minder pregnant dan de Commissie het voorstelt. Tussen bedrijven onderling is de toepasselijkheid van algemene voorwaarden doorgaans geen probleem omdat in het onderhandelingsproces doorgaans expliciete aandacht wordt besteed aan de respectievelijke algemene voorwaarden; ook de aanvaardbaarheid van de bedingen zal tussen bedrijven doorgaans weinig problematisch zijn. Wel kunnen problemen bestaan tussen bedrijven en consumenten, maar daar bestaat de richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.²⁰ Die laat weliswaar ruimte voor een hoger niveau van nationale bescherming, maar indien de Commissie hier uniformiteit wenst, staat het haar vrij om de richtlijn in die zin aan te passen en de minimumclausule te schrappen.

Voor een dergelijke ‘harde’ maatregel kiest het actieplan echter niet. Om algemene voorwaarden meer geschikt te maken voor grensoverschrijdende transacties, wil de Commissie het opstellen van dat type algemene voorwaarden stimuleren.²¹ Daartoe zal een website worden ingericht, waar bedrijven en anderen informatie over de bestaande initiatieven om tot grensoverschrijdende algemene voorwaarden te komen, kunnen publiceren. Op die website worden ook de juridische beperkingen bij het opstellen

¹⁵ Zie O. Lando & H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague 2000, recent aangevuld met een deel III: O. Lando, E. Clive, A. Prüm & R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague 2003.

¹⁶ Zie daarover Chr. Von Bar, *Le groupe d'études sur un Code Civil européen*, RIDC 53 (2001), p. 127 v.

¹⁷ Zie bijv. J.M. Smits, *The Future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance*, in: M. Faure, J. Smits & H. Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerp etc. 2002, pp. 239 v. 52 en dez., *Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is*, *Contracten* 3 (2001), p. 73 v.

¹⁸ Zie Mededeling van de Commissie – Actieplan ‘Vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving’, COM (2002) 278 def.

¹⁹ Actieplan, o.c., no. 72.

²⁰ Richtlijn 93/13/EEG, Pb. EG L 095/29.

²¹ Actieplan, o.c., no. 81 v.

van algemene voorwaarden (zoals voortvloeiend uit de Europese richtlijnen en het Europees mededingingsrecht) gepubliceerd. Het wekt in dit verband verbazing dat het actieplan de *nationale* beperkingen niet noemt: het probleem dat bedrijven ondervinden, wordt ons inziens grotendeels opgelost door informatie te geven over wanneer algemene voorwaarden in elk der Europese landen van toepassing en aanvaardbaar zijn.

5. Een ‘optioneel instrument’: een Europees BW

In de derde plaats zou de Europese Commissie graag reacties ontvangen over de opportuniteit, vorm, inhoud en de juridische basis voor de mogelijke invoering van ‘niet-sectorspecifieke’ maatregelen op het gebied van het Europees contractenrecht.²² Concreet stelt de Commissie een optioneel model voor dat hetzij van toepassing is op alle grensoverschrijdende transacties, hetzij alleen van toepassing is indien contractspartijen het model van toepassing hebben verklaard op hun overeenkomst. Alvorens in te gaan op de kans van slagen van dit optionele model, willen wij enkele kritische kanttekeningen plaatsen bij het voorstel zelf.

Allereerst verbaast het dat de Europese Commissie voort wil gaan met de discussie over een alomvattend Europees contractenrecht. Uit de reacties van de respondenten op de Mededeling viel immers af te leiden dat een (kleine) meerderheid gekant was tegen het idee van (alomvattende) Europese wetgeving inzake contractenrecht; met name het bedrijfsleven was (praktisch) unaniem tegen.²³ Wij vinden dan ook dat de Europese Commissie meer aandacht had dienen te besteden aan deze uitkomst en er ook conclusies uit had moeten trekken inzake de wenselijkheid van niet-sectorspecifieke maatregelen. De indruk kan nu ontstaan dat de Commissie reacties die niet binnen haar strategie passen, eenvoudigweg ter zijde schuift. Een goede en duidelijke motivering, waarom – in weerwil van de meerderheid van de reacties – toch is gekozen om het debat verder te voeren langs de weg van alomvattende wetgeving, had deze indruk misschien kunnen verhelpen. Deze motivering ontbreekt echter. Een tweede kanttekening heeft betrekking op de uitwerking van het optionele instrument. Hoewel de Europese Commissie namelijk benadrukt dat het om een *optioneel* model gaat, dat parallel naast (en dus niet in plaats van) het overeenkomstenrecht van de lidstaten zou bestaan,²⁴ lijkt de eerst voorgestelde variant toch in een andere richting te wijzen: het Europese model vervangt dan wel degelijk het overeenkomstenrecht van de lidstaten, althans wat betreft grensoverschrijdende transacties binnen de Europese Unie. In zoverre de Commissie vasthoudt aan de eerste variant is het gebruik van de term ‘optioneel’ dus enigszins misleidend; de term ‘Europees BW’ komt meer in de buurt.

Een argument tegen het invoeren van de eerste variant van het optionele model is dat de rechtsdiversiteit en – daarmee gepaard – de concurrentie tussen de verschillende rechtssystemen verloren gaat, althans waar het grensoverschrijdende overeenkomsten binnen de Europese Unie betreft. Dit is jammer omdat juist in geval van diversiteit, (nationale) wetgevers er (extra) belang bij kunnen hebben om wetgeving te implementeren die het best inspeelt op de maatschappelijke behoeften van dat moment. Onder omstandigheden kunnen partijen namelijk een ander (lees: beter aangepast) recht kiezen als toepasselijk op hun contractsverhouding. Daarnaast is in de literatuur opgemerkt dat het leerproces door uniformering zou kunnen worden vertraagd.²⁵ Verder vinden wij dat deze variant ook niet strookt met de opmerking van de Commissie, dat ‘contractuele vrijheid een van de leidende beginselen ... van het [contracten]recht moet zijn’.²⁶ De contractsvrijheid wordt in deze variant namelijk behoorlijk aangetast, omdat het partijen onmogelijk wordt gemaakt om bij overeenkomsten binnen de Europese Unie die grensoverschrijdende transacties betreffen het meest geschikte rechtstelsel te kiezen. Daarnaast wijzen wij nogmaals op het belang van het proportionaliteits-

²² Actieplan, o.c., no. 89 en 92.

²³ Zie Reacties op de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, p. 19-22, beschikbaar via http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_nl.pdf.

²⁴ Dit volgt expliciet uit het Actieplan, o.c., no 92, alsmede uit pagina 2 van het persbericht, getiteld ‘More coherence for European contract law: Commission adopts action plan’, beschikbaar via http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/03/232|0|RAPID&lg=EN&display=.

²⁵ Zie J. De Mot, & G. De Geest, De toekomst van het Europees Privaatrecht na het Groenboek, NJB 2002, pp. 884 v.

²⁶ Actieplan, o.c., no. 93.

beginsel.²⁷ Onder deze omstandigheden zijn wij absoluut geen voorstander van de eerste variant van het optionele model.

De tweede variant van het optionele instrument schatten wij positiever in. In het licht van het bovenstaande lijkt het op het eerste gezicht immers een goed plan om een optioneel model op te stellen, waarbij het aan contractspartijen wordt overgelaten om het model al dan niet van toepassing te verklaren. Partijen zullen in beginsel enkel het optionele model kiezen als zij van mening zijn dat de voordelen van het optionele model groter zijn dan van enig ander mogelijk te kiezen rechtstelsel. In feite ontstaat er dus een (directe) concurrentie tussen de nationale rechtstelsels en het Europese optionele model, waarbij het meest efficiënte, of best aangepaste, rechtstelsel in principe het meest door partijen gekozen gaat worden.²⁸ Bij deze variant zijn er verschillende uitkomsten mogelijk: a) ten eerste kan blijken dat het Europese optionele model niet vaak gekozen zal worden; b) ten tweede kan blijken dat het model juist wel veelvuldig door partijen wordt gekozen. In dit laatste geval zou het idee post kunnen vatten om het optionele model tot standaard te verklaren. Concreet zou dit enerzijds kunnen betekenen dat de nationale rechtstelsels zich aanpassen aan het Europese optionele model of anderzijds dat het optionele model de enige standaard zal worden voor overeenkomsten die grensoverschrijdende transacties betreffen, zodat de nationale rechtstelsels op dit punt hun belang verliezen. Indien het optionele model inderdaad veelvuldig wordt gebruikt, ligt het voor de hand dat het laatste zich voordoet. Zo ver komt het naar onze mening echter niet; om hieronder genoemde redenen verwachten wij niet dat het optionele model veelvuldig gaat worden gekozen.

Het Europese model kan namelijk in de eerste plaats niet steunen op de historie en ervaring van de nationale rechtstelsels op het punt van het contractenrecht en contractspartijen zijn – zeker in het begin – niet of nauwelijks vertrouwd met het instrument, terwijl er talloze over het algemeen goede alternatieven – namelijk de nationale rechtstelsels – voor de contractspartijen aanwezig zijn. De (rechts)onzekerheid verbonden aan het optionele Europese model lijkt ons dan ook aan een veelvuldig gebruik van het optionele model in de weg te staan.²⁹ Ook op een ander punt zou het aan rechtszekerheid kunnen ontbreken, namelijk bij de concrete inhoud van de rechtsregels van het optionele model. Hoewel wij, zoals al eerder aangegeven, daar geen informatie over kunnen terugvinden in het actieplan, ligt het immers voor de hand dat het Europese model zal volstaan met algemeen geformuleerde beginselen vergelijkbaar aan die van de Principles of European Contract Law of de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Het is aannemelijk dat de nadere invulling van die beginselen in de diverse Europese landen zal resulteren in verschillende uitkomsten; de uitleg van een contractsbepaling door bijvoorbeeld een Nederlandse rechter zal waarschijnlijk afwijken van de uitleg van een Griekse rechter, simpelweg omdat de maatschappelijke normen verschillen.³⁰ Dat het Europese optionele model waarschijnlijk niet vaak gekozen zal worden, ligt ook voor de hand gelet op het beperkte gebruik in de rechtspraktijk van de UP³¹ en de naar verwachting in de praktijk geringe betekenis van de PECL.

Een andere reden waarom het optionele instrument naar onze mening slechts spaarzaam gekozen zal worden, is gelegen in het feit dat het slechts van belang en nut zal zijn voor een beperkte groep van contractanten. In de eerste plaats zullen naar verwachting grote bedrijven geen gebruik maken van het optionele instrument. Zij zullen in grensoverschrijdende transacties immers in staat zijn om hun contractsvoorwaarden op te leggen en/of een specifiek rechtstelsel te kiezen.³² Verder kunnen zij ook

²⁷ Zie Smits & Hardy, o.c., p. 830.

²⁸ Zie U. Mattei, Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics, *International Review of Law and Economics* 1994, p. 9 en 10. Dit veronderstelt bijvoorbeeld wel dat de benodigde informatie over de voor- en nadelen van de verschillende rechtstelsels beschikbaar is; zie bijvoorbeeld J. Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, MJ 1998, p. 337.

²⁹ Dat (rechts)zekerheid belangrijk is, was ook waarneembaar in de reacties van respondenten op een ander Groenboek, namelijk het 'Groenboek over de herziening van Verordening 4064/89'; zie daaromtrent bijvoorbeeld R. Hardy, Concurrentie, efficiëntie en innovatie: het (nieuwe) Europees beleid inzake concentratiecontrole en het innovatievermogen van ondernemingen, AA 2003, p. 179 v.

³⁰ Legrand wees reeds eerder op het verband tussen rechtsregels enerzijds en de culturele context anderzijds; zie bijv. P. Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, ICLQ 1996, p. 56 v.

³¹ Wij ontleen deze conclusie uit gegevens van Unidroit, beschikbaar via <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>.

³² Zie ook J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, RIDC 1998, p. 7 v.

in de diverse lidstaten via dochterondernemingen opereren, zodat er in juridische zin geen sprake zal zijn van grensoverschrijdende overeenkomsten.

Ook consumenten zullen slechts in beperkte mate te maken krijgen met het optionele instrument. Uit Zwitserse gegevens over het jaar 1996 lijkt namelijk te volgen dat consumenten over het algemeen – onafhankelijk of er al dan niet een landsgrens is – lokaal (dit wil zeggen: dicht bij de woonplaats) inkopen verrichten.³³ Deze gegevens geven op zijn minst een indicatie voor de frequentie van toekomstig grensoverschrijdend winkelen. Dat consumenten vooral lokaal winkelen, lijkt ook overeen te stemmen met onze beleving: het is in het algemeen immers niet aantrekkelijk om grote afstanden af te leggen voor dagelijkse aankopen. Het gevolg van het lokale inkoopgedrag is dat de gemiddelde consument zelden te maken zal hebben met *fysieke* grensoverschrijdende aankopen,³⁴ simpelweg omdat de afstanden te groot zijn (of algemener geformuleerd: de transactiekosten te hoog zijn). Het aanbieden van een optioneel model zal dus in het algemeen enkel van belang zijn voor een relatief kleine groep van consumenten, namelijk zij die binnen een relatief korte afstand van een landsgrens wonen. In zoverre zetten wij vraagtekens bij de opmerking van de Commissie, dat het optionele model met name voor consumenten belangrijk zou zijn.³⁵

Een laatste groep contractanten betreft de kleine en middelgrote ondernemingen. Ook voor deze groep is het optionele instrument volgens de Europese Commissie van groot belang.³⁶ Deze uitspraak is, gelet op andere recente documenten, opmerkelijk. In een in opdracht van de Europese Gemeenschap uitgevaardigde brochure valt namelijk te lezen, dat ‘93% van alle Europese ondernemingen (...) minder dan 10 werkzame personen [telt]’ en daarmee te bestempelen zijn als ‘zeer klein’.³⁷ Verder lezen wij, dat ‘[i]n het algemeen geldt: hoe kleiner de onderneming, des te kleiner is haar geografische marktgebied en de kans dat de onderneming is betrokken bij export’.³⁸ Deze opmerking strookt met de constatering in de literatuur dat kleine bedrijven met name (of enkel) handelen in eigen land³⁹ en dit lijkt erop te wijzen dat gemiddeld genomen het overgrote deel (93%) van het midden- en kleinbedrijf niet vaak te maken heeft met grensoverschrijdende transacties en daarom weinig baat zal hebben bij het optionele model.

Tegen de achtergrond van het bovenstaande lijkt het optionele model geen hoopvol bestaan te zijn beschoren. Bij deze conclusie hoort wel een kwalificatie: we spreken over de kans op succes van het model in het licht van de *huidige situatie*; onder invloed van bijvoorbeeld e-commerce zou het wel degelijk mogelijk kunnen zijn dat partijen in de *toekomst* behoefte kunnen hebben aan een optioneel model zoals nu door de Commissie voorgesteld. Op dit moment is die behoefte er echter naar onze mening niet, omdat er bijvoorbeeld onvoldoende elektronische handel plaatsvindt door gebrek aan vertrouwen in deze vorm van handel.⁴⁰

6. Een discussiestuk

Het actieplan is uitdrukkelijk bedoeld als discussiestuk: belanghebbenden kunnen voor 16 mei 2003 reageren. Juist omwille van die discussie hadden wij verwacht dat het actieplan meer stelling zou nemen dan het thans doet. Bovendien vervalt het actieplan nogal eens in moeilijk te doorgronden en wollig taalgebruik. Ook staat er veel dubbel in.⁴¹ Ook valt op dat de Commissie enerzijds zeer benadrukt dat degenen voor wie het referentiekader en het optioneel instrument worden gecreëerd, een belangrijke rol dienen te spelen bij de samenstelling ervan, maar dat anderzijds maar weinig woorden

³³ Statistische Berichte des Kantons Zürich, Heft 1/1996, Verkehrsverhalten im Kanton Zürich 1994, geciteerd in G. Wagner, *The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law*, CMLR 2002, p. 1016.

³⁴ Hieronder wijzen we nog kort op de invloed van e-commerce.

³⁵ Actieplan, o.c., no. 91.

³⁶ Actieplan, o.c., no. 91.

³⁷ Focus op het MKB – belangrijkste resultaten van de Observatory van het Europese MKB van 2002, p. 4, beschikbaar via http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/execsum_2002_nl.pdf.

³⁸ Focus, o.c., p. 8.

³⁹ Basedow, o.c., p. 7 v.

⁴⁰ Dat er (te) weinig elektronische handel plaatsvindt, volgt bijvoorbeeld uit D. Byrne, *Cyberspace and Consumer Confidence*, beschikbaar via http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/e-commerce/speech01_en.htm.

⁴¹ Zie bijv. actieplan, o.c., no. 62 en no. 64.

worden vuil gemaakt aan de lauwe reacties op de Mededeling. Daaruit bleek immers dat de behoefte aan verandering (dus minder rechtsdiversiteit) er maar in beperkte mate is.